

III. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

15

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA. ACCIÓN DE “IN REM VERSO”*

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 19 de noviembre del 2012, expediente n.º 24897:

[...] *por regla general*, el enriquecimiento sin causa, y en consecuencia la *actio de in rem verso*, que en nuestro derecho es un principio general, tal como lo dedujo la Corte Suprema de Justicia¹ a partir del artículo 8.º de la Ley 153 de 1887, y ahora consagrado de manera expresa en el artículo 831^[2] del Código de Comercio, no pueden ser invocados para reclamar el pago de obras, entrega de bienes o servicios ejecutados sin la previa celebración de un contrato estatal que los justifique por la elemental pero suficiente razón consistente en que la *actio de in rem verso* requiere para su procedencia, entre otros requisitos, que con ella no se pretenda desconocer o contrariar una norma imperativa o cogente.

Pues bien, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993 los contratos estatales son solemnes puesto que su perfeccionamiento exige la solemnidad del escrito, excepción hecha de ciertos eventos de urgencia manifiesta en que el contrato se torna consensual ante la imposibilidad de cumplir con la exigencia de la solemnidad del escrito (Ley 80 de 1993, artículo 41, inciso 4.º). En los demás casos de urgencia manifiesta, que no queden comprendidos en ésta hipótesis, la solemnidad del escrito se sujeta a la regla general expuesta.

No se olvide que las normas que exigen solemnidades constitutivas son de orden público e imperativas y por lo tanto inmodificables e inderogables por el querer de sus destinatarios.

En consecuencia, sus destinatarios, es decir todos los que pretendan intervenir en la celebración de un contrato estatal, tienen el deber de acatar la exigencia legal del escrito para perfeccionar un negocio jurídico de esa estirpe sin que sea admisible la ignorancia del precepto como excusa para su inobservancia.

* *Advertencia:* Este comentario se encuentra dentro del acápite relativo a la responsabilidad extracontractual del Estado debido a que la sentencia comentada precisa que “[...] la pretensión de enriquecimiento sin causa le corresponde la vía de la acción de reparación directa”. Sin embargo, considerar el enriquecimiento sin causa una fuente de responsabilidad puede dar lugar a debate. El tema se analiza en el cuerpo del comentario.

1 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia del 12 de mayo de 1955. G. J. LXXX, 322.

2 Artículo 831: “Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro”.

COMENTARIO **

1. El 2 de abril de 1998, Manuel Ricardo Pérez Posada y el Municipio de Melgar (departamento del Tolima) celebraron el contrato de obra pública n.º 008, por medio del cual, aquel se obligó a ejecutar para éste la ampliación de la calle 7.^a entre las carreras 19 y 18 del municipio de Melgar. El término de duración se pactó en 30 días contados a partir de la expedición del acta de iniciación de las obras y de la entrega del anticipo. Como valor total del contrato se convino la suma de \$25.514.064 del cual se pagaría, una vez legalizado, el 50% como anticipo, un 25% al corte parcial de la obra y el restante 25% una vez finalizado el objeto contractual. El 6 de abril de 1998, las partes suscribieron el acta de recibo final de las obras del contrato n.º 008 de 1998. En la demanda se indicó que con el objeto de adicionar dicho contrato, las partes celebraron tres acuerdos verbales por medio de los cuales el contratista se comprometió, en primer lugar a ejecutar para el municipio de Melgar la pavimentación de la carrera 18 entre calles 7.^a y 7.^a A y de la calle 7.^a entre carreras 18 y 17; en segundo lugar, de la calle 7.^a entre carreras 17 y 16; y, finalmente, de la calle 7.^a entre carreras 16 y 15. Las partes suscribieron dos actas de conciliación, una el 13 de enero y la otra el 15 de marzo de 1999, en las que consta que el municipio de Melgar se comprometió a pagar al contratista la suma de \$146.689.994, más los intereses moratorios a una tasa del 2.7% mensual, como contraprestación por las obras ejecutadas. El Tribunal Administrativo del Tolima no aprobó los acuerdos conciliatorios en razón de que en el primero no constaba la lista oficial de precios utilizada para la liquidación de los contratos y en el segundo no se había allegado la prueba de los contratos adicionales que eran la causa del conflicto.

2. El Consejo de Estado, en sentencias anteriores a la del 19 de noviembre del 2012, había aceptado que el contratista tenía derecho a un reconocimiento económico, cuando la entidad estatal ha obtenido un beneficio patrimonial por dicha ejecución de la prestación, pero a pesar de ello se abstenía de efectuar el pago. Esto, en aplicación del principio de enriquecimiento sin causa³. De igual manera, se había reconocido la obligación del Estado de efectuar un reconocimiento económico al contratista con fundamento en el principio de confianza⁴ y en el principio de la buena fe⁵ establecido en el artículo 83 de la Constitución Política (CP).

** MÓNICA LILIANA IBAGÓN IBAGÓN.

3 Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 6 de noviembre de 1991, expediente n.º 6306; sentencia del 4 de julio de 1997, expediente n.º 10030.

4 Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 1998, expediente n.º 11099; sentencia del 10 de septiembre de 1992, expediente n.º 6822.

En relación con los elementos constitutivos del principio de enriquecimiento sin causa, la jurisprudencia ha reconocido los siguientes: (a) un enriquecimiento que conlleva un aumento económico patrimonial en la parte enriquecida; (b) un empobrecimiento, que se traduce en la disminución patrimonial del actor en cualquier forma que negativamente afecte su patrimonio económico; (c) una relación de causalidad, es decir, que el enriquecimiento de una de las partes sea consecuencia del empobrecimiento de la otra; (d) ausencia de causa; (e) que el demandante no pueda ejercer otra acción diferente⁶. El Consejo de Estado ha proferido sentencias⁷ en las cuales ha establecido que la naturaleza del reconocimiento económico es meramente compensatoria y no indemnizatoria, ya que la finalidad del principio de enriquecimiento sin causa no es reparar un daño, sino restablecer el equilibrio del patrimonio empobrecido. Por ello, no se reconoció, en dichas providencias, intereses por concepto de lucro cesante. En otras sentencias⁸, el Consejo de Estado ha ordenado la reparación integral del daño; esto es, daño emergente y lucro cesante, causado por la entidad estatal, cuando ha recibido prestaciones por parte del particular sin pagarlos y sin que hubiera mediado contrato escrito u orden escrita.

3. La sentencia del 30 de junio del 2006^[9] tipifica¹⁰ la línea jurisprudencial sobre el tema de la aplicación del derecho de enriquecimiento sin causa a los casos en los que un particular haya ejecutado prestaciones a favor de la entidad

5 Ídem; CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 4 de marzo de 1991, expediente n.º 5825. La postura jurisprudencial de hacer un reconocimiento económico al contratista con base en el principio de buena fe fue catalogada, por la sentencia del 12 de noviembre del 2012, como perteneciente a la tesis intermedia.

6 CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 6 de noviembre de 1991, expediente n.º 6306.

7 CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 9 de marzo de 1984, expediente n.º 2850; sentencia del 29 de enero del 2009 (exp. n.º 15662). Esta línea jurisprudencial fue retomada, por ejemplo, en la sentencia del 6 de septiembre de 1991 (exp. n.º 6306), en sentencia del 16 de abril de 1993 (exp. n.º 7356), del 11 de julio de 1996 (exp. n.º 9409), en sentencia del 4 de julio de 1997 (exp. n.º 10030) y en sentencia del 29 de enero del 2009 (exp. n.º 15662).

8 Así, por ejemplo, en sentencia del 8 de agosto de 1987 (exp. n.º 3886) el Consejo de Estado, además de reconocer el valor debido por las obras adicionales ejecutadas, ordenó pagar el 6% anual por concepto de lucro cesante. El *obiter dictum* fue reiterado en la sentencia del 22 de febrero de 1999 (exp. n.º 5618), en la sentencia del 4 de marzo de 1991 (exp. n.º 5825), en la sentencia del 29 de enero de 1998 (exp. n.º 11099). Esta línea jurisprudencial, después de haber sido abandonada en la sentencia mencionada del 6 de septiembre de 1991, fue de nuevo retomada, por ejemplo, en los fallos del 24 de septiembre de 1992 (exp. n.º 6788, línea jurisprudencial seguida en sentencia del 8 de mayo de 1995, expediente n.º 8118) y del 3 de abril de 1997 (exp. n.º 9718).

9 CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 7 de junio del 2007, expediente n.º 14660.

10 Tipificación que es aceptada por la sentencia del 19 de noviembre del 2012.

estatal sin que el contrato estatal se haya elevado a escrito. De acuerdo con dicha tipificación, harían parte de la tesis negativa (que consideraría improcedente la aplicación del derecho de enriquecimiento sin causa en esos casos) las providencias del 11 de octubre de 1991^[11] y del 30 de marzo del 2006^[12]. En relación con la primera sentencia, es de anotar que si bien es cierto en ella se consideró que la teoría del enriquecimiento sin causa “[...] no puede ser invocada, como fuente de obligaciones, sin reflexionar a fondo sobre la realidad fáctica que le sirve de apoyo. Con esto se quiere significar que la administración y el particular no pueden poner en marcha, a cada momento, relaciones de hecho, para eludir la normatividad sobre contratación administrativa, y con la mira puesta en que posteriormente se impetrará de la justicia el reconocimiento económico correspondiente, gracias al ejercicio de la *actio in rem verso*”¹³; esta afirmación pertenece al *obiter dicta* de la providencia. El Consejo de Estado, en la *ratio decidendi* (que sí tiene carácter vinculante) de la misma sentencia determinó: “Quede, pues, bien en claro, que la Sala no desconoce que la firma Hennio Publicidad llevó a cabo la publicidad que cobra a través del presente proceso. Si no se hace reconocimiento alguno, es porque la acción está caducada”. En relación con la segunda de las providencias (del 30 de marzo del 2006), el Consejo de Estado si bien consideró que la procedencia de la aplicación del enriquecimiento sin causa estaba supeditada a que concurriera el siguiente elemento adicional: que la falta de la causa para el empobrecimiento no haya sido provocada por el mismo empobrecido, al resolver el fondo del litigio improbo el acuerdo conciliatorio logrado por las partes por carecer “[...] de un fundamento probatorio suficiente para su aprobación, pues no se demostró una conducta antijurídica de la administración, que amerite que ésta redima los perjuicios demandados por la sociedad actora [...]”¹⁴. Tampoco las providencias del 18 de febrero del 2010^[15] y 19 de octubre del 2011^[16] sirven de sustento a la afirmación según la cual el Consejo de Estado habría sido partidario de la así denominada “tesis negativa”. En efecto, en la primera de dichas providencias se concluyó: “La Sala

11 CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de octubre de 1991, expediente n.º 5686.

12 CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, providencia del 30 de marzo del 2006, expediente n.º 25662.

13 CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de octubre de 1991, expediente n.º 5686.

14 Ídem.

15 CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de febrero del 2010, expediente n.º 15596.

16 CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 19 de octubre del 2011, expediente n.º 18082.

no reconocerá suma adicional alguna al contratista puesto que no se acreditó que hubiere habido obra adicional alguna a las contenidas en el Acta de Liquidación Bilateral del Contrato 247 – 95 y no se dejó reserva, salvedad o constancia sobre el particular dentro del texto de la misma [...]”¹⁷. Tampoco en la sentencia del 19 de octubre del 2011 se estableció que el derecho de enriquecimiento sin causa fuera improcedente para cobrar pagos de prestaciones ejecutadas sin que mediara contrato escrito, sino que en el caso concreto se decidió que “[...] a diferencia de otros eventos, donde esta sección ha condenado al Estado a pagar perjuicios de esta naturaleza, por configurarse la teoría del enriquecimiento sin causa, el caso *sub iudice* difiere sustancialmente, porque se encuentra demostrado que el contratista ejecutó trabajos que excedieron el valor pactado, a pesar de que con anticipación se le advirtió que no incurriera en esa situación, no obstante lo cual lo hizo, y debe entenderse que bajo su responsabilidad”¹⁸.

4. La sentencia del 19 de noviembre del 2012 es de gran importancia porque unifica la jurisprudencia sobre la cuestión de si procede la aplicación del derecho de enriquecimiento sin justa causa para reclamar el pago de obras, entrega de bienes o servicios ejecutados por el contratista, en los casos en que el contrato estatal es inexistente por no haber sido elevado a escrito o no haber sido precedido de una orden escrita. A continuación se describirán algunos aspectos que denotan el alcance de la mencionada sentencia, seguido por la indicación de varios de los contraargumentos del salvamento de voto y de los salvamentos parciales de voto:

En primer lugar, se debe resaltar que aunque en la sentencia del 19 de noviembre del 2012, en comentario, se afirmó la tesis según la cual la acción de *in rem verso* tiene carácter autónomo, se consideró que “[...] a la pretensión de enriquecimiento sin causa le corresponde la vía de la acción de reparación directa”. Esta conclusión se fundamentó en la siguiente argumentación: “[...] si se tiene en cuenta que el enriquecimiento sin causa constituye básicamente una pretensión y que la autonomía de la *actio de in rem verso* se relaciona con la causa del enriquecimiento y no con la vía procesal adecuada para enrutarla, fácilmente se concluye que en materia de lo contencioso administrativo a la pretensión de enriquecimiento sin causa le corresponde la vía de la acción de reparación directa”. Sobre este punto, la magistrada STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO, en salvamento de voto, consideró que la sentencia había desconocido

17 CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de febrero del 2010, expediente n.º 15596.

18 CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 19 de octubre del 2011, expediente n.º 18082.

que “[...] la figura del enriquecimiento sin causa tiene unos elementos definitorios muy precisos [...]”¹⁹ diferente del derecho de daños. La responsabilidad extracontractual (en los casos en los que los oferentes sufren un daño antijurídico, como consecuencia de la falta de adjudicación de la licitación o su adjudicación irregular o su falta de perfeccionamiento y en los que la confianza legítima debe ser protegida²⁰) es independiente y no excluye la aplicación del derecho de enriquecimiento sin causa. Diferente del caso de las pretensiones propias de la responsabilidad extracontractual, la pretensión que se fundamenta en el derecho de enriquecimiento sin causa no implica ninguna culpa del enriquecido y no tiene como finalidad compensar o indemnizar el daño sufrido por el lesionado, sino volver al estado anterior de movimientos patrimoniales sin causa²¹. La causa es el “[...] antecedente o título jurídico que le permiten al enriquecimiento conservar los provechos obtenidos [...]”²². “La causa legítima procede de un acto jurídico: donación, legado, venta, permuta, contrato de trabajo o de empresa, etc.”²³ La “[...] carencia de causa implica la falta de justificación, base o negocio que legitime el desplazamiento patrimonial [...]”²⁴. Si bien el negocio inexistente no produce ningún efecto negocial, sí “[...] hay consecuencias jurídicas tales como el deber de restituir aquellas cosas que se hubieren dado en razón del negocio inexistente [...]”²⁵. Si una de las partes ha ejecutado en todo o en parte el contrato estatal y este no ha sido celebrado por escrito, es posible afirmar que falta la causa o título jurídico (que permita conservar el enriquecimiento) desde el principio y se configura uno de los elementos del derecho de enriquecimiento sin causa, con base en el cual la parte puede exigir que se le devuelva la prestación dada o hecha o su valor si es imposible la repetición²⁶.

19 CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 19 de noviembre del 2012, expediente n.º 24897, salvamento de voto, consejera STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO.

20 CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 7 de junio del 2001, expediente n.º 13405.

21 DIRK LOOSCHELDERS, *Schuldrecht*, 7.ª ed., Múnich, Franz Vahlen, 2012, p. 343; FRITZ OSSENBUHL, *Staatshaftungsrecht*, 6.ª ed., Múnich, Beck, 2013, p. 531; CATHERINE THIBIERGE, *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 562 y ss.; LOUIS JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, 2.ª ed., t. II, París, Librairie du Recueil Sirey, 1933, p. 309.

22 JOSÉ FÁBREGA PONCE, *El enriquecimiento sin causa*, t. I, Bogotá, Plaza & Janés, Editores Colombia, 1996, p. 323. En este mismo sentido cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de abril de 1937, en *Gaceta Judicial*, t. XLV, n.º 1923, p. 29.

23 JOSSEERAND, ob. cit., p. 309.

24 FÁBREGA PONCE, ob. cit., p. 323.

25 FERNANDO ALARCÓN ROJAS, *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 238.

26 M. M. AUBRY y RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 5.ª ed., t. 6, París, Librairie Joseph Gibert, 1920, p. 319.

5. La sentencia en comento determinó que “[...] si se invoca la buena fe para justificar la procedencia de la *actio de in rem verso* en los casos en que se han ejecutado obras o prestado servicios al margen de una relación contractual [...] tal justificación se derrumba con sólo percatarse de que la buena fe que debe guiar y que debe campear en todo el *iter* contractual, es decir antes, durante y después del contrato, es la buena fe objetiva y no la subjetiva. En efecto, la buena fe subjetiva es un estado de convencimiento o creencia de estar actuando conforme a derecho, [...] que es propia de las situaciones posesorias, y que resulta impropia en materia de las distintas fases negociales pues en estas lo relevante no es la creencia o el convencimiento del sujeto sino su efectivo y real comportamiento ajustado al ordenamiento y a los postulados de la lealtad y la corrección, en lo que se conoce como buena fe objetiva”. En relación con este planteamiento de la sentencia, la magistrada STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO resaltó que la sentencia introdujo una diferenciación no establecida por el artículo 83 CP, según el cual “[...] las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”. Como se observa, sigue el salvamento, “[...] el precepto constitucional no establece una distinción expresa entre buena fe subjetiva y buena fe objetiva para concluir que se presume la una y no la otra”²⁷. En la sentencia en comento el Consejo de Estado no sólo habría desconocido el artículo 83 CP y presumido la mala fe objetiva sino que habría desconocido el bloque de legalidad del cual hace parte el derecho de enriquecimiento sin causa²⁸.

6. En la sentencia objeto de análisis se incluyó como uno de los requisitos de la procedencia de la *actio de in rem verso* es que “[...] con ella no se pretendiera eludir una disposición imperativa de la ley”. Fundamentos de este requisito serían el artículo 1525 del Código Civil (en adelante, CC), una cita de la obra de JOSSERAND y el principio general de legalidad. En relación con la cita de JOSSERAND, este autor efectivamente incluyó como quinta condición de la *actio de in rem verso* el que el ejercicio de dicha acción no fuera en contra de una norma imperativa²⁹. Para ello, se basó³⁰ en el artículo 1793 del Código Civil francés, comparable con el artículo 2060 inciso 1.º CC. Conforme al mencionado

27 CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 19 de noviembre del 2012, expediente n.º 24897, salvamento de voto, consejera STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO.

28 Ídem.

29 Cfr. JOSSERAND, ob. cit., pp. 313, 316.

30 Ibid., pp. 682 y ss.

artículo 1793^[31], “cuando el arquitecto o contratista se encarga por un ajuste alzado de la construcción de un edificio en vista de un plano establecido y convenido con el propietario del suelo, no puede pedir ningún aumento de precio aunque se haya aumentado el de los jornales o materiales, ni por los cambios o aumentos hechos en el plano, si estos cambios o aumentos no han sido autorizados por escrito, y el precio convenido por el propietario”³². Para JOSSELAND, en el caso previsto por el transcrito artículo 1793 no sería posible acudir a la *actio de in rem verso*. El mismo JOSSELAND consideró que, por el contrario, en el caso de los negocios en los que se ha hecho un estimativo de los costos del proyecto, que comportan un cierto margen de dirección y por consiguiente dentro de la remuneración del trabajo, y se modifica el precio convenido si sería posible instaurar dicha acción *de in rem verso*³³. Nótese que el caso planteado por JOSSELAND es el de modificación del precio único preconvenido, el asunto resuelto en la sentencia del 19 de noviembre del 2012 es el del pago de obras y servicios sin el cumplimiento del requisito de forma escrita del contrato. Por otra parte, en relación con el principio general de legalidad, como lo afirma la magistrada CONTO DÍAZ DEL CASTILLO, el derecho de enriquecimiento sin causa también hace parte del bloque de legalidad que vincula a las entidades estatales en sus actuaciones. En cuanto al artículo 1525 CC, este establece que “No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas”. De la lectura del artículo 1525 CC se colige, por un lado, que hay eventos en que el ordenamiento jurídico prohíbe la repetición, eventos que, como el del artículo 1525 CC, son taxativos, y por otro lado, que ni siquiera en casos de ilicitud del objeto y de la causa se excluye la repetición de lo dado o pagado, cuando no ha mediado conocimiento positivo de la ilicitud. El “tener que saber” no es suficiente para excluir la repetición.

7. La sentencia comentada niega en principio la procedencia del enriquecimiento sin causa “[...] para reclamar el pago de obras, entrega de bienes o servicios ejecutados sin la previa celebración de un contrato estatal que los justifique [...]” y considera que esta regla general admitiría excepciones en algunos casos.

31 En francés: “Lorsqu’un architecte ou un entrepreneur s’est chargé de la construction à forfait d’un bâtiment, d’après un plan arrêté et convenu avec le propriétaire du sol, il ne peut demander aucune augmentation de prix, ni sous le prétexte de l’augmentation de la main-d’oeuvre ou des matériaux, ni sous celui de changements ou d’augmentations faits sur ce plan, si ces changements ou augmentations n’ont pas été autorisés par écrit, et le prix convenu avec le propriétaire”.

32 Traducción disponible en [www.legifrance.gouv.fr/Traductions/es-Espanol-castellano/Traducciones-Legifrance].

33 Cfr. JOSSELAND, ob. cit., p. 683.

Esos casos en donde, de manera excepcional y por razones de interés público o general, resultaría procedente la *actio de in rem verso* a juicio de la Sala, serían entre otros los siguientes:

“a) Cuando se acredite de manera fehaciente y evidente en el proceso, que fue exclusivamente la entidad pública, sin participación y sin culpa del particular afectado, la que en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su imperium construyó o impuso al respectivo particular la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo.

b) En los que es urgente y necesario *adquirir bienes, solicitar servicios, suministros, ordenar obras con el fin de* prestar un servicio para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud, derecho este que es fundamental por conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal, urgencia y necesidad que deben aparecer de manera objetiva y manifiesta como consecuencia de la imposibilidad absoluta de planificar y adelantar un proceso de selección de contratistas, así como de la celebración de los correspondientes contratos, circunstancias que deben estar plenamente acreditadas en el proceso contencioso administrativo, sin que el juzgador pierda de vista el derrotero general que se ha señalado en el numeral 12.1 de la presente providencia, es decir, verificando en todo caso que la decisión de la administración frente a estas circunstancias haya sido realmente urgente, útil, necesaria y la más razonablemente ajustada a las circunstancias que la llevaron a tomar tal determinación.

c) En los que debiéndose legalmente declarar una situación de urgencia manifiesta, la administración omite tal declaratoria y procede a solicitar la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes, sin contrato escrito alguno, en los casos en que esta exigencia imperativa del legislador no esté excepcionada conforme a lo dispuesto en el artículo 41 inciso 4.º de la Ley 80 de 1993”³⁴.

Para el consejero ENRIQUE GIL BOTERO, las palabras “Esos casos [...] serían entre otros los siguientes: [...]”, del encabezado de la anterior enumeración casuística, significarían que el listado no es taxativo y que el Consejo de Estado asumiría “[...] en adelante la carga de identificar y nominar los demás supuestos que admiten el ejercicio de la *actio in rem verso* [...]”³⁵. Esta interpretación contradiría, según el mismo consejero, “[...] el llamado que hace la providencia a los operadores judiciales y a la administración para que la interpretación de las circunstancias, con sus condiciones y requisitos, se haga de manera restrictiva [...]”³⁶. En cuanto a los supuestos relacionados en la providencia, estos serían “[...] pocos en número para la abundancia que ofrece la casuística [...]” y contruidos a partir de “[...]”

34 CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 19 de noviembre del 2012, expediente n.º 24897.

35 Ídem. Salvamento parcial de voto, consejero ENRIQUE GIL BOTERO.

36 Ídem.

expresiones semánticas cargadas de conceptos jurídicos, técnicos y aun pragmáticos, amplios, vagos y generales [...]”³⁷. En relación con la primera excepción, tanto el salvamento de voto de la consejera STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO como el salvamento parcial de voto del consejero CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA coinciden en afirmar que “En el literal a) la Sala se contrae a reproducir un típico caso que daría lugar a la responsabilidad por falla del servicio o incluso a una conducta sancionable desde el punto de vista penal”³⁸. En contra de esta observación se podría argumentar que el derecho de enriquecimiento sin causa no excluiría la indemnización por responsabilidad extracontractual, ya que en el caso de que concurrieran ambas pretensiones, la aplicación de la primera sería subsidiaria³⁹. Por otro lado, se debe resaltar que aunque se podría argüir que el elemento de la culpa sería propio más bien del derecho de responsabilidad extracontractual y no del derecho de enriquecimiento sin causa⁴⁰, lo cierto es que esta tesis no riñe con sentencias anteriores del Consejo de Estado, como, por ejemplo, la del 30 de marzo del 2006, donde, como ya se mencionó *supra*, al resolver el fondo del litigio improbo el acuerdo conciliatorio logrado por las partes por carecer “[...] de un fundamento probatorio suficiente para su aprobación, pues no se demostró una conducta antijurídica de la administración, que amerite que ésta redima los perjuicios demandados por la sociedad actora [...]”⁴¹. En cuanto a la segunda excepción, la sentencia en comento la restringe a los eventos en que es urgente la adquisición para prestar un servicio de salud; así, deja por fuera los casos en que dicha adquisición sea urgente para evitar una amenaza o una lesión de otro derecho fundamental. Por otro lado, como lo afirma el consejero CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, esta segunda excepción, “[...] por estar relacionada con derechos inherentes al ser humano como la vida y la integridad personal, es un supuesto que fácilmente se enmarca dentro de los casos de urgencia manifiesta a que se refiere la tercera excepción”⁴².

MÓNICA LILIANA IBAGÓN IBAGÓN

37 Ídem.

38 Ídem. Salvamento de voto, consejera STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO. En este mismo sentido, cfr. ídem. Salvamento parcial de voto, consejero CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA.

39 P. BUCK-HEEB, “§ 812”, en HARM PETER WESTERMANN (ed.), *Erman-Bürgerliches Gesetzbuch*, 13.^a ed., t. II, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2011, § 812, número al margen 25.

40 Párrafo 4 de este comentario.

41 CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, providencia del 30 de marzo del 2006, expediente n.º 25662.

42 CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 19 de noviembre del 2012, expediente n.º 24897, salvamento parcial de voto, consejero CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA.